

# **baurecht (BauR)**

---

Zeitschrift für das gesamte  
öffentliche und zivile Baurecht

Herausgeber:  
Prof. Dr. Konrad Gelzer, Münster  
Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht a. D.  
und  
Prof. Hermann Korbion, Düsseldorf  
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a. D.

---

21. Jahrgang 1990

Werner-Verlag

BAURECHT (BauR), 21. Jahrgang 1990. Erscheint jeweils am 1. jedes zweiten Monats im Werner-Verlag GmbH, 4000 Düsseldorf 1, Karl-Rudolf-Straße 172, Postfach 85 29, Ruf: (02 11) 37 20 61. Bankverbindung: Kreissparkasse Düsseldorf (BLZ 301 502 00), Konto 1.000.101. Postscheckkonto Essen (BLZ 360 100 43) 44 47-438.

Bezugspreis: jährlich (6 Hefte) DM 249,- zzgl. Versandkosten. Einzelheft DM 48,- zzgl. Porto. Bestellungen nehmen der Verlag und jede Buchhandlung entgegen. Abonnementskündigungen müssen 4 Wochen vor Jahreswechsel beim Verlag vorliegen. Fehlende Nummern oder Hefte können ohne Berechnung nur innerhalb von 8 Wochen nach Erscheinen eines Heftes nachgeliefert werden.

Herausgeber und Schriftleitung: Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht a. D. Prof. Dr. Konrad Gelzer, 4400 Münster-Mauritz, Falkenhorst 18 (Öffentliches Baurecht), und Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Prof. Hermann Korbion, 4000 Düsseldorf, Hermann-Hesse-Straße 18 (Ziviles Baurecht). Einsendungen an die Schriftleitung werden gern geprüft, erfolgen aber auf eigene Gefahr und ohne Gewähr für die Rücksendung.

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze; denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Redaktion erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen; diese bedürfen zur Auswertung einer Genehmigung des Verlages.

Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendungen, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden. Jede im Bereich eines Unternehmens hergestellte oder benutzte Kopie dient gewerblichen Zwecken gem. § 54 Abs. 2 UrhG und verpflichtet zur Gebührenzahlung an die VG Wort, Abteilung Wissenschaft, Goethestraße 49, 8000 München 2, von der die einzelnen Zahlungsmodalitäten zu erfragen sind.

Herstellung: Reiner Winters GmbH, 5248 Wissen

**ISSN 0340-7489**

Wiss. Hilfskraft Rechtsreferendar Ulrich M. Gassner, Tübingen

## Die Verjährung baurechtlicher Gewährleistungsansprüche bei arglistigem Verschweigen

### I. Einleitung und Problemstellung

Dem kundigen Juristen die Problematik der kurzen Verjährungsfrist des § 638 BGB bzw. der noch kürzeren des § 13 Nr. 4 VOB/B vor Augen führen zu wollen, hieße Eulen nach Athen zu tragen. So dürfte es inzwischen als gesichert gelten, daß Bauwerksschäden im Bereich des Wohnungsbaus innerhalb von zwei Jahren nach der Abnahme vielfach noch nicht in Erscheinung treten [1]. Rein tatsächlich ist daher die Wertungsentscheidung des Verdingungsausschusses für die zweijährige Verjährungsfrist in § 13 Nr. 4 VOB/B erheblichen Zweifeln ausgesetzt.

In diesem Zusammenhang muß auch bedenkl. stimmen, daß wir in vielen vergleichbaren Rechtsordnungen Regelungen vorfinden, die anders als das BGB zwischen erkennbaren und „versteckten“ Mängeln differenzieren oder generell für den Auftraggeber günstigere Fristen vorsehen. So besteht in Frankreich gemäß Art. 1792, 2270 CC für konstruktive Bauwerksmängel („gros ouvrages“), die bei der Abnahme verborgen sind, eine zehnjährige Gewährleistungsfrist [2]. Dem ähnelt die japanische Regelung, wo in § 638 jBGB außer für Holzkonstruktionen eine Ausschußfrist von zehn Jahren nach Übergabe vorgesehen ist [3]. Im österreichischen Recht beginnt der regelmäßig dreijährige Fristenlauf bei zur Ablieferungszeit nicht erkennbaren Mängeln mit deren Erkennbarkeit [4]. In ähnlicher Weise ist im englischen und dänischen Recht für den Fristbeginn generell nicht die Abnahme, sondern die Kenntnisnahme vom Schaden maßgeblich [5].

Zwar hat sich die Mehrheit des 55. Deutschen Juristentags 1984 dafür ausgesprochen, die „starre, aber praktikable Regelung des § 638

BGB“ beizubehalten und eine Verjährungsregelung dergestalt, daß eine Veränderungsfrist „ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels zu laufen beginnt oder bis dahin gehemmt ist“ [6], abgelehnt. Außerdem hat der Juristentag gegen eine Veränderung der Privilegierung des Bauunternehmers durch § 13 Nr. 4 VOB/B beim VOB-Bauvertrag votiert [7]. Gleichwohl hat damit die Diskussion noch nicht ihr Ende gefunden [8]. Dies wäre auch verwunderlich angesichts der Virulenz der Verjährungsfrage, die – wie nicht wenige Bauprozesse zeigen [9] – häufig und in vielfältiger Weise in Erscheinung tritt.

### II. Lösungsansätze

Die Judikatur behilft sich teilweise damit [10], daß sie auf dogmatisch zweifelhafte Weise in Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung

[1] Vgl. Schild/Oswald/Rogier, Bauschäden im Wohnungsbau, Teil I, 1975, S. 66 ff.; Locher, Das private Baurecht, 4. Aufl., 1988, Rdn. 170; Näheres zur Risikosystematik bei Booz, Die Verjährung baurechtlicher Gewährleistungsansprüche, Diss. iur. Freiburg, 1979, S. 85 ff.; zusammenfassend ders., BauR 1981, 107, 113, 117 f.

[2] Hierzu näher Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl., 1986, Rdn. 2 K 181 ff.; ausführlich Booz, a. a. O., S. 41 ff.

[3] Näher Kurita, BauR 1988, 385, 390.

[4] Vgl. Reischauer, in: Rummel, AGBG-Kommentar, 1983, § 933 Rdn. 3.

[5] Nachweise bei Booz, BauR 1981, 107, 109; ausführlich ders., a. a. O., S. 46 ff., 55 ff.

[6] Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentags, 1984, Bd. II, S. 197.

[7] Ebd.; für die Zweijahresfrist votieren auch Anderson, BauR 1970, 144; Heiermann, BB 1974, 958, 961 und Korbion, DB 1974, 77, 79; a. A. Kürzel, BIGBW 1973, 110, 111.

[8] Vgl. neuerdings etwa Schubert, Urteilsanmerkung, JR 1986, 203.

[9] Weyers, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bd. 2, 1981, S. 1115, 1168 i. V. m. 1129, schätzt den Anteil der durch Verjährungsfragen verursachten Rechtsprechung zur Mängelhaftung beim Werkvertrag auf ein Drittel der Urteile.

[10] Weyers, a. a. O., S. 1169, spricht insoweit treffend von „Wucherungen der Rechtsprechungskomplexe“.

oder aus unerlaubter Handlung ausweicht [11]. In geeigneten Fällen knüpft sie an die in § 638 BGB angelegte Differenzierung an und läßt durch bis an die Grenze des Wortlauts gehende extensive Auslegung des Merkmals „bei Bauwerken“ möglichst vielen Werkbestellern eine fünfjährige Frist zugute kommen [12]. Eine gewisse Entschärfung der Problematik im Sinne einer Risikoverschiebung zu Lasten des Auftragnehmers ist auch darin zu sehen, daß die Rechtsprechung als Beurteilungszeitpunkt für die fehlerhafte Leistung trotz des Wortlauts des § 13 Nr. 1 VOB/B den Zeitpunkt des Ablaufs der Gewährleistungsfrist und nicht denjenigen der Abnahme ansieht [13], was allerdings eine entsprechende Rüge vor Ablauf von zwei Jahren voraussetzt.

Die von Teilen des Schrifttums befürwortete Regelung, die Verjährung vermittelt der Übertragung des Gedankens des § 852 BGB auf das Gewährleistungsrecht erst mit der Erkennbarkeit des Mangels beginnen zu lassen [14], ist nach zutreffender herrschender Ansicht nicht haltbar, weil damit der Wille des historischen Gesetzgebers konterkariert würde [15].

Der resignativen Ansicht Littbarskis [16], daß die Verjährungsfrage in diesem Bereich insgesamt ein de lege lata absolut unlösbares Problem darstelle, kann gleichwohl nicht gefolgt werden. Denn jedenfalls für die Fälle, in denen ein arglistiges Verhalten des Auftragnehmers in Rede steht, erscheint es angemessen, zu einer großzügigeren Anwendung der Vorschrift des § 638 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 195 BGB zu gelangen, als dies bisher der Fall war. Dies ergibt sich aus einer Analyse der Interessenlage der Bauvertragsparteien. Zur Vermeidung von überflüssigen Wiederholungen sei insoweit auf die ausführliche und überzeugende Darstellung bei Peters/Zimmermann [17] verwiesen, wonach die knappen Fristen des § 638 BGB zu einer durch kein besonderes Schutzbedürfnis gerechtfertigten einseitigen Risikoverteilung zu Lasten des Bestellers führen. Daß der Auftraggeber infolge der Geltung der kurzen Verjährungsfristen auch für „versteckte“ Mängel strukturell benachteiligt wird und es dadurch in vielen Fällen zu inadäquaten Vertragsabwicklungsdisparitäten kommt, wird auch von Verfechtern der herrschenden Werkvertragskonzeption im Grundsatz anerkannt [18].

Nun mag man zu Recht einwenden, daß an der gesetzgeberischen Wertentscheidung für die kurzen Verjährungsfristen kein Weg vorbeiführt. Indes darf nicht verkannt werden, daß der Gesetzgeber ganz bewußt für Fälle der Arglist in § 638 BGB eine Ausnahmeregelung geschaffen hat, die die 30jährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB zur Anwendung gelangen läßt. Nach allgemeinen methodischen Grundsätzen sind zwar Ausnahmenvorschriften einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich. Gleichwohl muß dem insoweit bestehenden klaren Willen des BGB-Gesetzgebers, Fälle des dem Auftragnehmer „zur Last fallenden unredlichen oder betrügerischen Verhaltens“ von der kurzen Verjährung auszunehmen [19], Genüge getan werden. Dies geschieht in der Praxis, wie im einzelnen darzulegen sein wird, in nicht ausreichendem Maße.

### III. Anwendungsbereich

Einen Vorbehalt wie in § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach die dort festgelegten Verjährungsfristen für Gewährleistungsmängel nicht gelten, wenn der Unternehmer den aufgetretenen Mangel arglistig verschwiegen hat, enthält § 13 Nr. 4 Satz 1 VOB/B nicht. Dennoch gilt nach allgemeiner Ansicht in solchen Fällen keine der in dieser Norm aufgeführten kurzen Verjährungsfristen. Vielmehr verbleibt es dann auch im Anwendungsbereich der VOB bei der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren des § 195 BGB. Denn den VOB-Bauvertragspartnern kann ein andersgerichteter Wille nicht unterstellt wer-

[11] U. a. Weiterfressen des Mangels (vgl. hierzu nur BGHZ 86, 256 = NJW 1983, 810).

[12] Vgl. z. B. BGHZ 37, 341, 344; BGHZ 48, 257, 258; BGHZ 58, 85, 92 f.; zuletzt etwa BGH, NJW 1987, 837 = BauR 1987, 205; kritisch hierzu Zimmermann, JuS 1984, 409, 414.

[13] Vgl. OLG Frankfurt, NJW 1983, 456 = BauR 1983, 156 (Blasbahtalbrückenfall).

[14] Vgl. aus neuerer Zeit Peters/Zimmermann, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bd. I, 1981, S. 77, 288 ff.; Nicklisch, JZ 1984, 769 f.; Schubert, JR 1984, 315 ff.; jeweils m. w. N..

[15] Vgl. Motive zum BGB, Bd. II, 1888, S. 238, 486; so im Ergebnis auch die st. Rspr. des BGH (vgl. nur BGHZ 67, 1, 6 = BauR 1976, 354; BGH, NJW 1979, 1651, 1652 = BauR 1979, 321) und die h. L. (z. B. Teichmann, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? in: Verhandlungen des 55. DJT, Bd. I, Gutachten A, 1984, S. 75 f. m. w. N.).

[16] JZ 1979, 552, 554.

[17] A. a. O., insbes. S. 227 ff.; dies gilt dann erst recht für § 13 Nr. 4 VOB/B (so bereits Kürzel, BIGBW 1973, 110, 111).

[18] Vgl. z. B. Teichmann, a. a. O., S. 76.

[19] Mot., a. a. O., S. 240, 488.

oder aus unerlaubter Handlung ausweicht [11]. In geeigneten Fällen knüpft sie an die in § 638 BGB angelegte Differenzierung an und läßt durch bis an die Grenze des Wortlauts gehende extensive Auslegung des Merkmals „bei Bauwerken“ möglichst vielen Werkbestellern eine fünfjährige Frist zugute kommen [12]. Eine gewisse Entschärfung der Problematik im Sinne einer Risikoverschiebung zu Lasten des Auftragnehmers ist auch darin zu sehen, daß die Rechtsprechung als Beurteilungszeitpunkt für die fehlerhafte Leistung trotz des Wortlauts des § 13 Nr. 1 VOB/B den Zeitpunkt des Ablaufs der Gewährleistungsfrist und nicht denjenigen der Abnahme ansieht [13], was allerdings eine entsprechende Rüge vor Ablauf von zwei Jahren voraussetzt.

Die von Teilen des Schrifttums befürwortete Regelung, die Verjährung mittels der Übertragung des Gedankens des § 852 BGB auf das Gewährleistungsrecht erst mit der Erkennbarkeit des Mangels beginnen zu lassen [14], ist nach zutreffender herrschender Ansicht nicht haltbar, weil damit der Wille des historischen Gesetzgebers konterkariert würde [15].

Der resignativen Ansicht Littbarskis [16], daß die Verjährungsfrage in diesem Bereich insgesamt ein de lege lata absolut unlösbares Problem darstelle, kann gleichwohl nicht gefolgt werden. Denn jedenfalls für die Fälle, in denen ein arglistiges Verhalten des Auftragnehmers in Rede steht, erscheint es angemessen, zu einer großzügigeren Anwendung der Vorschrift des § 638 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 195 BGB zu gelangen, als dies bisher der Fall war. Dies ergibt sich aus einer Analyse der Interessenlage der Bauvertragsparteien. Zur Vermeidung von überflüssigen Wiederholungen sei insoweit auf die ausführliche und überzeugende Darstellung bei Peters/Zimmermann [17] verwiesen, wonach die knappen Fristen des § 638 BGB zu einer durch kein besonderes Schutzbedürfnis gerechtfertigten einseitigen Risikoverteilung zu Lasten des Bestellers führen. Daß der Auftraggeber infolge der Geltung der kurzen Verjährungsfristen auch für „versteckte“ Mängel strukturell benachteiligt wird und es dadurch in vielen Fällen zu inadäquaten Vertragsabwicklungsdisparitäten kommt, wird auch von Verfechtern der herrschenden Werkvertragskonzeption im Grundsatz anerkannt [18].

Nun mag man zu Recht einwenden, daß an der gesetzgeberischen Wertentscheidung für die kurzen Verjährungsfristen kein Weg vorbeiführt. Indes darf nicht verkannt werden, daß der Gesetzgeber ganz bewußt für Fälle der Arglist in § 638 BGB eine Ausnahmeregelung geschaffen hat, die die 30jährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB zur Anwendung gelangen läßt. Nach allgemeinen methodischen Grundsätzen sind zwar Ausnahmenvorschriften einer erweiterten Auslegung nicht zugänglich. Gleichwohl muß dem insoweit bestehenden klaren Willen des BGB-Gesetzgebers, Fälle des dem Auftragnehmer „zur Last fallenden unredlichen oder betrügerischen Verhaltens“ von der kurzen Verjährung auszunehmen [19], Genüge getan werden. Dies geschieht in der Praxis, wie im einzelnen darzulegen sein wird, in nicht ausreichendem Maße.

### III. Anwendungsbereich

Einen Vorbehalt wie in § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach die dort festgelegten Verjährungsfristen für Gewährleistungsmängel nicht gelten, wenn der Unternehmer den aufgetretenen Mangel arglistig verschwiegen hat, enthält § 13 Nr. 4 Satz 1 VOB/B nicht. Dennoch gilt nach allgemeiner Ansicht in solchen Fällen keine der in dieser Norm aufgeführten kurzen Verjährungsfristen. Vielmehr verbleibt es dann auch im Anwendungsbereich der VOB bei der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren des § 195 BGB. Denn den VOB-Bauvertragspartnern kann ein andersgerichteter Wille nicht unterstellt wer-

[11] U. a. Weiterfressen des Mangels (vgl. hierzu nur BGHZ 86, 256 = NJW 1983, 810).

[12] Vgl. z. B. BGHZ 37, 341, 344; BGHZ 48, 257, 258; BGHZ 58, 85, 92 f.; zuletzt etwa BGH, NJW 1987, 837 = BauR 1987, 205; kritisch hierzu Zimmermann, JuS 1984, 409, 414.

[13] Vgl. OLG Frankfurt, NJW 1983, 456 = BauR 1983, 156 (Blasbachtalbrückenfall).

[14] Vgl. aus neuerer Zeit Peters/Zimmermann, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bd. I, 1981, S. 77, 288 ff.; Nicklisch, JZ 1984, 769 f.; Schubert, JR 1984, 315 ff.; jeweils m. w. N.

[15] Vgl. Motive zum BGB, Bd. II, 1888, S. 238, 486; so im Ergebnis auch die st. Rspr. des BGH (vgl. nur BGHZ 67, 1, 6 = BauR 1976, 354; BGH, NJW 1979, 1651, 1652 = BauR 1979, 321) und die h. L. (z. B. Teichmann, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? in: Verhandlungen des 55. DJT, Bd. I, Gutachten A, 1984, S. 75 f. m. w. N.).

[16] JZ 1979, 552, 554.

[17] A. a. O., insbes. S. 227 ff.; dies gilt dann erst recht für § 13 Nr. 4 VOB/B (so bereits Kürzel, BtGBW 1973, 110, 111).

[18] Vgl. z. B. Teichmann, a. a. O., S. 76.

[19] Mot., a. a. O., S. 240, 488.

den. Er wäre auch rechtlich unbeachtlich, da sonst gegen die zwingende Regelung des § 637 BGB verstoßen würde [20].

#### IV. Tatbestandsprobleme

1. Nach der Rechtsprechung des BGH muß von arglistigem Verschweigen eines Mangels gesprochen werden, wenn der Auftragnehmer sich bewußt ist, daß ein bestimmter Umstand für die Entschließung seines Vertragsgegners von Erheblichkeit ist, er nach Treu und Glauben diesen Umstand mitzuteilen verpflichtet ist und ihn trotzdem nicht offenbart. Hierbei ist nicht erforderlich, daß der Auftragnehmer die Folge seines Handelns bewußt in Kauf genommen hat oder bei ihm eine Schädigungsabsicht vorgelegen hat [21]. Genausowenig verlangt das arglistige Verschweigen ein eigenes Vorteilsstreben [22]. Andererseits ist erforderlich, daß der Auftragnehmer die Mangelhaftigkeit seiner Arbeit erkannt hat und sich bewußt war, daß durch den Mangel die Dauerhaftigkeit des Bestandes seiner Leistung erheblich beeinträchtigt wird oder beeinträchtigt werden kann. Zur Begründung des Arglistvorwurfs genügt also nicht allein, daß der Auftragnehmer möglicherweise nachlässig oder unfachmännisch gearbeitet hat und daß er den Auftraggeber hierüber nicht aufgeklärt hat [23].

Nicht jeder Mangel, auch soweit ihn der Auftragnehmer wahrnimmt, verpflichtet diesen zur Offenbarung gegenüber dem Auftraggeber. Nur bei solchen Mängeln, die offenkundig zu wertmäßig nicht unbedeutenden Schäden führen können, muß man es als ein unlauteres, also gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten ansehen, wenn der Auftragnehmer seiner Hinweispflicht auf versteckte Mängel nicht nachkommt. Ein solcher zur Offenbarungspflicht führender Mangel ist insbesondere auch dann gegeben, wenn vertraglich vereinbarte Arbeiten zum überwiegenden Teil überhaupt nicht ausgeführt wurden [24].

Arglistig handelt auch, wer sich bewußt besserer Erkenntnis verschließt [25], aber auch der, dem – wie er weiß – entgegen der offensichtlichen Erwartung des anderen jegliche zur sachgemäßen Beurteilung des Erklärungsgegenstandes erforderliche Kenntnis fehlt und er dies verschweigt. Der gute Glaube an die Richtigkeit des Erklärten schließt in einem solchen Falle Arglist nicht aus [26].

In Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH [27] zur Haftung des Gebrauchtwagenhändlers für „ins Blaue hinein“ abgegebene Erklärungen wird man darüber hinaus in den Fällen zur Bejahung des Arglistvorwurfs gelangen müssen, in denen der Auftragnehmer ohne tatsächliche Grundlage Erklärungen über die Mängelfreiheit des Bauwerks abgibt und damit dessen Mängelfreiheit vorspiegelt. Denn zum einen ist das arglistige Vorspiegeln des Vorhandenseins nicht vorhandener Eigenschaften dem arglistigen Verschweigen gleichzusetzen [28]; zum anderen rechtfertigt sich dies aus der unter den Bauvertragsparteien herrschenden Interessenlage. Denn die Bauerstellung spielt sich regelmäßig in der Herrschaftssphäre des Auftragnehmers ab. Insoweit Einblick in den konkreten Ablauf der Vertragsabwicklung auf der Baustelle zu erlangen, ist dem Auftraggeber in der Regel genauso wenig möglich, wie dem Kunden eines Gebrauchtwagenhändlers hinsichtlich früherer Vorgänge.

Diese Erwägung wird indirekt durch die Rechtsprechung des BGH [29] bestätigt, wonach ein arglistiges Verschweigen von Mängeln durch den Auftragnehmer nicht einmal dadurch entfällt, daß der Auftraggeber auf der Baustelle einen Architekten eingesetzt und dieser die Mängel gesehen hat. Zudem spricht für die hier vertretene Auffassung der erklärte Wille des Gesetzgebers, den Arglistvorwurf bei Werkvertrag und Kaufvertrag in gleicher Weise zu regeln [30].

2. Der maßgebende Zeitpunkt für die Erheblichkeit arglistigen Verschweigens wird in Teilen der Literatur apodiktisch auf den Zeitpunkt der

[20] Vgl. nur Ingenstau/Korbion, VOB, 11. Aufl., 1989, § 13 VOB/B Rdn. 259 mit umfassenden Rechtsprechungsnachweisen; Heilmann/Trosien, in: Festschrift 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, 111, 113; Kaiser, BauR 1990, 123, 129.

[21] Zuletzt z. B. BGH, NJW 1986, 980 = BauR 1986, 215, 216; a. A. nur Otto, BIGBW 1981, 47.

[22] Vgl. BGH, BauR 1970, 244, 245.

[23] Vgl. neuerdings OLG Köln, BauR 1988, 223, 226 m. w. N.

[24] Vgl. OLG Stuttgart, BauR 1972, 315 f.; Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 13 VOB/B Rdn. 261.

[25] So Riedl, in: Heilmann/Riedl/Rusam/Schwaab, VOB, 5. Aufl., 1989, B § 13 Rdn. 35 im Anschluß an Glanzmann, in: BGB-RGRK, 12. Aufl., 1978, § 638 Rdn. 22.

[26] Vgl. BGH, NJW 1980, 2460 (zu § 123 BGB); Riedl, a. a. O.

[27] Ausführlich hierzu BGH, NJW 1981, 1441 m. w. N.

[28] Allg. Ansicht, vgl. nur Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 13 VOB/B Rdn. 272 und Riedl, a. a. O., B § 13 Rdn. 35 c; jeweils m. w. N.

[29] BGHZ 66, 43 = BauR 1976, 131.

[30] S. Mot., a. a. O., S. 488.

Abnahme festgelegt [31]. Diese Wertung kann allein aus der Tatsache, daß die Abnahme gleichsam den Fixpunkt des Werkvertragsrechts bildet, schwerlich gefolgert werden und erscheint daher in dieser Rigorosität kaum haltbar. Jene Ansicht verkennt insbesondere, daß sich die Offenbarungspflicht des Auftragnehmers gegebenenfalls zu einem früheren Zeitpunkt aktualisieren kann (z. B. um sonst eintretende Schäden zu vermeiden). Der für das arglistige Verschweigen maßgebende Zeitpunkt beurteilt sich daher richtigerweise nach den Umständen des Einzelfalles.

Nach einer abgeschwächten Formulierung anderer Autoren, besteht für den Auftragnehmer spätestens zum Zeitpunkt der Abnahme die Verpflichtung, vorhandene und ihm bekannte Mängel zu offenbaren [32]. In ähnlicher Weise meint der BGH [33], daß regelmäßig erst die Ablieferung des Werks der Zeitpunkt sei, in welchem sich das arglistige Verschweigen des Unternehmers realisiere. Wenn damit in Anlehnung an eine Entscheidung des OLG Dresden [34] lediglich gemeint ist, daß jedenfalls ein späteres, nach der Abnahme liegendes arglistiges Verschweigen zur Begründung des Arglistvorwurfs nicht in Betracht kommt [35], so kann nach dem Gesagten hiergegen nichts eingewandt werden.

Auch ist der herrschenden Ansicht zuzugeben, daß der Auftragnehmer seinen Aufklärungs- und Mitteilungspflichten in der Regel noch bis zur Ablieferung bzw. Abnahme der Bauleistung genügen kann, wenn keine schutzwürdigen Interessen des Auftraggebers betroffen werden. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Abnahme stillschweigend, förmlich (z. B. entsprechend § 12 Nr. 4 VOB/B) oder in fiktiver Form gemäß § 12 Nr. 5 VOB/B erfolgt. Im letzteren Fall hat der Auftragnehmer den ihn treffenden Offenbarungspflichten spätestens bis zum Ablauf der in § 12 Nr. 5 VOB/B festgelegten 6- und 12-Tagesfristen nachzukommen.

## V. Die Zurechenbarkeit des Verhaltens von Erfüllungsgehilfen

1. Im Ausgangspunkt steht außer Streit, daß der Auftragnehmer gemäß § 278 BGB ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen wie eigenes Verschulden zu vertreten hat, wenn diese dem Auftraggeber gegenüber einen Mangel der Leistung arglistig verschweigen. Kennt ein Erfül-

lungsgehilfe des Auftragnehmers einen Mangel der Leistung und verschweigt er diesen arglistig, dann muß sich der Auftragnehmer so behandeln lassen, als habe er selbst den Mangel arglistig verschwiegen.

2. Zweifelhaft und umstritten ist indes, wie weit der Kreis der Hilfspersonen billigerweise gezogen werden kann, um deren arglistiges Verhalten dem Auftragnehmer zurechnen zu können.

Die ganz herrschende Meinung stellt darauf ab, ob sich der Auftragnehmer des Gehilfen gerade zur Erfüllung seiner Offenbarungspflicht bedient oder nicht [36].

Nach einer anderen Ansicht soll sich der Auftragnehmer die Kenntnis jeder der von ihm bei der Herstellung des Werks eingesetzten Personen zurechnen lassen [37]. Diese Mindermeinung wird im Kern mit dem Argument begründet, daß es sonst dem Unternehmer ein Leichtes wäre, sich dem Vorwurf arglistigen Verhaltens durch entsprechende Organisation, den Einsatz von Hilfskräften, entziehen könnte. Auch würden allein die Größe der Organisation und der Grad der Arbeitsteilung dem Auftragnehmer in wachsendem Maße haftungsrechtlich Vorteile bringen. Dies vertrage sich nicht mit dem etwa in §§ 166, 278 BGB ausgedrückten gesetzgeberischen Gedanken, daß die Vergrößerung des eigenen Wirkungskreises nicht zu einer verschlechterten Lage des Vertragspartners führen darf. Alle mit der Erstellung einer

[31] Vgl. Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 13 VOB/B Rdn. 259 (relativiert in Rdn. 269); Riedl, a. a. O., B § 13 Rdn. 35 b; Sieburg, Gewährleistung beim Bauvertrag, 1987, Rdn. 342; Mühl, in: Soergel/Mühl, BGB, 11. Aufl., 1980, § 638 Rdn. 6; Kaiser, Mängelhaftungsrecht, 6. Aufl., 1989, Rdn. 178; Nicklisch, in: Nicklisch/Weick, VOB, Teil B, 1981, § 13 Rdn. 81.

[32] So z. B. MünchKomm.-Soergel, 2. Aufl., 1988, § 638 Rdn. 35; Glanzmann, a. a. O., § 638 Rdn. 25; Daub/Piel/Soergel/Steffani, Kommentar zur VOB, Bd. 2, 1976, ErlZ B 13.273.

[33] BGHZ 62, 63, 66 = BauR 1974, 130, 131.

[34] Das Recht, 1909, Nr. 3542.

[35] Diese Vermutung liegt auch bei der in Fußn. 31 zitierten engen Literaturmeinung angesichts der Rück- bzw. Querverweise nahe (vgl. z. B. die Verweise Sieburg, a. a. O.; Kaiser, a. a. O.; Nicklisch, a. a. O.; Mühl, a. a. O.; OLG Dresden, a. a. O.).

[36] Grundlegend BGHZ 62, 63, 66 = BGH, BauR 1974, 130, 131; dem BGH folgen Locher, a. a. O., Rdn. 49 a. E.; Kaiser, a. a. O., Rdn. 179; Nicklisch, a. a. O., § 13 Rdn. 83; Werner/Pastor, Der Bau-prozeß, 6. Aufl., 1990, Rdn. 2029; Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 13 VOB/B Rdn. 268; Soergel, a. a. O., § 638 Rdn. 36; Glanzmann, a. a. O., § 635 Anm. 25; Riedl, a. a. O., B § 13 Rdn. 35e; Daub/Piel/Soergel/Steffani, a. a. O., ErlZ B 13.275.

[37] Vgl. Hoffmann, JR 1969, 372, 374; Jagenburg, NJW 1971, 1425, 1427; Derleder, in: AK-BGB, 1979, § 638 Rdn. 1; Hochstein, Anmerkung zu OLG Köln; Schäfer/Finnern/Hochstein, Rechtsprechung zum privaten Baurecht, § 278 Nr. 5 BGB (= BauR 1984, 525).

Leistung betrauten Personen seien daher für den Hinweis auf Mängel in ihrem Arbeitsabschnitt verantwortlich. Diese Argumentation ist zwar nicht gänzlich von der Hand zu weisen, da sie teilweise zutreffende Gesichtspunkte enthält. Allerdings ist sie, wie der BGH [38] zu Recht ausführt, mit dem in § 278 BGB zum Ausdruck gekommenen Gedanken letztlich nicht vereinbar. Denn danach hat der Schuldner für das Verschulden Dritter nur insoweit einzustehen, als er ihnen die Erfüllung bestimmter Vertragspflichten anvertraut hat. Rein wertungsmäßig würde eine solche pauschale Haftung auch deshalb zu weit gehen, weil hierdurch der dem Unternehmer zumutbare und daher zurechenbare Bereich grober Verschuldenshaftung überschritten würde [39].

Ist demnach die von der herrschenden Ansicht vorgenommene Differenzierung der Hilfspersonen de lege lata unumgänglich, so stellt sich die weitere Frage, wer im konkreten Fall als Gehilfe des Unternehmers bei Erfüllung seiner Offenbarungspflicht zu gelten hat. Dies wird zunächst einmal diejenige Person sein, die vom Auftragnehmer mit der Ablieferung der Leistung an den Auftraggeber betraut ist oder jedenfalls dabei mitwirkt, also auf der Baustelle der örtliche Bauleiter, nicht aber z. B. ein Baupolier [40]. Soweit in diesem Zusammenhang darauf abgestellt wird, ob der örtliche Baustellenleiter bei der Abnahme mitgewirkt hat, so daß es allein auf dessen Willen ankomme [41], kann dem nicht gefolgt werden. Denn nach den obigen Ausführungen (IV.2.) ist es denkbar, daß sich die Offenbarungspflicht auch vor Ablieferung bzw. Abnahme der Leistung aktualisiert. Auch kann die Zufälligkeit, ob der Baustellenleiter beispielsweise bei einer förmlichen Abnahme nach § 12 Nr. 4 VOB/B zugegen ist oder nicht, nicht über die Identität des Täuschungssubjekts als Adressat des Arglistvorwurfs entscheiden. Die gegenteilige Ansicht führt zu einer Verschiebung des Risikos zunehmender Arbeitsteilung auf den Auftraggeber. So erscheint es beispielsweise nicht gerechtfertigt, bei einer Großbaustelle, wo ein Oberbauleiter eingesetzt ist und die Prüfungs- und Kontrollaufgaben vor Ort auf einen örtlichen Bauleiter delegiert sind, lediglich auf das Wissen und die Kenntnis des bei der Abnahme gegenwärtigen Oberbauleiters abzustellen.

Diese Erwägungen werden dadurch bestätigt, daß auch die Judikatur im Einzelfall zu einer

Ausdehnung des relevanten Personenkreises neigt. Der Gefahr, daß sich der Unternehmer dem Arglistvorwurf durch eine entsprechende betriebliche Organisation mittels des Einsatzes von Hilfskräften zu entziehen trachtet, soll dadurch begegnet werden, daß ihm nach Treu und Glauben auch das arglistige Verschweigen solcher Hilfspersonen zugerechnet wird, deren er sich gerade nicht zur Erfüllung seiner Offenbarungspflicht gegenüber dem Auftraggeber bedient, die allein aber in der Lage sind, etwaige Mängel zu erkennen. Denn es erscheint, wie der BGH [42] mit Recht ausführt, nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) untragbar, ein arglistiges Verschweigen nur deshalb zu verneinen, weil aufgrund einer stark arbeitsteiligen Organisation eines Großbetriebs verschiedene Personen mit der Mangelprüfung einerseits und der Ablieferung bzw. Abnahme andererseits befaßt sind. Ein derartiges Organisationsverschulden kann beispielsweise auch dann vorliegen, wenn der örtliche Bauleiter so wenige Stichproben durchführt, daß die Poliere und Arbeiter sich selbst überlassen bleiben und in diesem Wissen „schludern“ [43].

Allerdings wurde von der Rechtsprechung ein solcher Ausnahmefall bisher nur einmal, nämlich in der Leitentscheidung des BGH, aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalles (kein örtlicher Bauleiter, kurze Erkennbarkeit der Fehler, Wissen der Kolonnenführer um die „Pfuscharbeit“ ihrer Arbeiter) angenommen [44]. Die Vorsicht, welche die Obergerichte bisher insoweit an den Tag legten, erscheint in Ansehung der vom BGH [45] intendierten Ausweitung des relevanten Personenkreises fehl am Platze. Im praktischen Ergebnis führt dies nämlich auf Kosten der Einzelfallgerechtigkeit dazu, daß derje-

[38] BGHZ 62, 63, 67 f. = BauR 1974, 130, 131; ausführlich hierzu bereits KG, BauR 1970, 242.

[39] So Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 13 VOB/B Rdn. 269.

[40] Vgl. BGHZ 62, 63, 68 = BauR 1970, 130, 131; KG Berlin, BauR 1970, 242; OLG Köln, BauR 1984, 525.

[41] Dahin tendieren KG, BauR 1970, 242, 243; OLG Düsseldorf, MDR 1971, 579; OLG Karlsruhe, BauR 1979, 335, 337; OLG Köln, BauR 1984, 525, 526; Kaiser, a. a. O., Rdn. 179 Fußn. 11; Soergel, a. a. O., § 638 Rdn. 36; Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 13 VOB/B Rdn. 268.

[42] Vgl. BGHZ 62, 63, 68 = BauR 1974, 130, 131; OLG Karlsruhe 1979, 335; OLG Köln, BauR 1984, 525, 526.

[43] OLG Karlsruhe, BauR 1979, 335, 337.

[44] BGH, a. a. O.

[45] Vgl. auch die Subunternehmerentscheidung (BGHZ 66, 43 = BauR 1976, 131).



nige Unternehmer, der die Bauleistung nicht in Person ausführt, haftungsrechtlich gegenüber dem Alleinunternehmer privilegiert wird [46]. Beispielsweise wirkt es wenig überzeugend, wenn das OLG Karlsruhe [47] der Dauer der Erkennbarkeit eines Mangels mit dem formalistischen Argument, dies sei ja nur ein Indiz neben weiteren rechtlich erheblichen Umständen, nicht das gebotene Gewicht zuteil werden läßt.

Im Gegensatz hierzu hält es der BGH [48] für möglich, dem Unternehmer allein aus der Kürze der Wahrnehmbarkeit (etwa wegen Überdeckung durch andere Bauleistungen im Rahmen des Baufortschritts) oder aus der Schwierigkeit der Entdeckbarkeit eines Mangels die Kenntnis einer an diesem Arbeitsabschnitt beteiligten Hilfsperson als arglistiges Verschweigen zuzurechnen. Daher erscheint es angemessen, die vom BGH vorgegebenen Indikatoren stärker als bisher in Rechnung zu stellen.

Auf der anderen Seite geht es zu weit, aus den Grundsätzen des Organisationsverschuldens nach dem Rechtsgedanken der §§ 162, 166, 242 BGB eine generelle „Fiktionshaftung“ abzuleiten [49], ohne den hier maßgeblichen Grundsatz groben Verschuldens des Auftragnehmers ausreichend zu beachten. Anders liegt es freilich in den Fällen, in denen sich die Voraussetzungen der §§ 162, 166, 242 BGB einwandfrei feststellen lassen, wenn sich also der Auftragnehmer seiner Verantwortlichkeit durch Aufgabendelegation auf niederrangige Funktionsträger bewußt zu entziehen sucht [50].

## VI. Beweisfragen und Prozeßtaktik

1. Grundsätzlich trägt der Auftraggeber, der sich auf die 30jährige Verjährungsfrist beruft, die Darlegungs- und Beweislast für den gegen den Auftragnehmer erhobenen Vorwurf arglistigen Verschweigens [51]. Demgegenüber muß der Auftragnehmer im einzelnen vortragen, zu welcher Zeit und mit welchen Erklärungen er die offenbarungspflichtigen Tatsachen mitgeteilt hat [52].

Trotz dieser Abstufung der Darlegungslast ist der Beweis für den Vorwurf arglistigen Verschweigens in der Praxis – wie bei allen inneren Tatsachen – nur sehr schwierig zu führen [53]. Die Kenntnis von der vertragswidrigen Ausführung kann nämlich regelmäßig nur durch Ein-

vernahme von Zeugen der Gegenseite, d. h. des Auftragnehmers bzw. der wirtschaftlich von ihm abhängigen und oft entsprechend instruierten Hilfspersonen, nachgewiesen werden. Diese mißliche Beweislage, wie auch die generelle strukturelle Benachteiligung des Auftraggebers (vgl. oben II.), rechtfertigt es, zu dessen Gunsten gewisse Beweiserleichterungen eingreifen zu lassen [54]. Dies gilt um so mehr, als der BGH [55] gerade im Bereich des Werkvertragsrechts zu § 635 BGB hinsichtlich des subjektiven Tatbestandselements des Verschuldens eine Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen befürwortet [56]. Die Erwägungen des BGH treffen in gleicher Weise auf die Frage des arglistigen Verschweigens eines Mangels zu. So handelt es sich um Vorgänge, die sich allein im Gefahrenkreis des Auftragnehmers abgespielt haben. Diese zu beweisen, ist dem Auftraggeber in der Regel erschwert und nicht zuzumuten. Im Gegensatz hierzu hat der Auftragnehmer die bessere und vollständigere Übersicht. Er ist insbesondere „näher daran“, den Sachverhalt insoweit aufzuklären, weil er es war, der den Mangelschaden objektiv verursacht hat [57].

Eine echte Beweislastumkehr wäre allerdings unangemessen, da ansonsten die gesetzgeberische Vorstellung vom Ausnahmecharakter des Arglistvorwurfs umgangen würde. Zudem würde dies im Ergebnis zu häufig zu einer 30jährigen Verjährungsfrist führen, was eine vom Gesetz nicht gewollte, ungerechtfertigte Privilegierung des Auftraggebers zur Folge hätte.

[46] Hierauf wies zuletzt Hochstein, a. a. O., hin.

[47] BauR 1979, 335, 337.

[48] BGHZ 62, 63, 69 f. = BauR 1974, 130, 131.

[49] So aber Kaiser, a. a. O., Rdn. 179 im Anschluß an Jagenburg, a. a. O., und Hochstein, a. a. O.

[50] Vgl. Ingenstau/Korborn, a. a. O., § 13 VOB/B Rdn. 270.

[51] Allg. Ansicht, vgl. nur Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 1981, BGB § 638 Rdn. 1 m. w. N. in Fußn. 3.

[52] So neuerdings Kaiser, a. a. O., Rdn. 179 im Anschluß an OLG Köln, BauR 1988, 223, 226 m. w. N.

[53] Ebenso Kaiser, a. a. O., Rdn. 179; Werner/Pastor, a. a. O., Rdn. 2026; Kürzel, BtGBW 1973, 110, 111.

[54] Zu den sachlichen Gründen für Beweiserleichterungen im allgemeinen vgl. z. B. Reinecke, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Diss. iur. Berlin 1976, S. 93 ff. sowie speziell für den Bauprozess die übersichtliche Darstellung bei Ganten, BauR 1977, 162, 166 ff.; instruktiv zur Beweisproblematik bei der Architektenhaftung Locher, BauR 1974, 293 ff.

[55] Grundlegend BGHZ 48, 310, 312 f.

[56] Vgl. hierzu überzeugend Prölls, a. a. O., S. 65 ff.; berechtigte Kritik für den Bereich der Architektenhaftung bei Locher, BauR 1974, 293, 298 m. w. N.

[57] Vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975, S. 141 ff.

Wenn gegenüber der hier vertretenen Konzeption eingewandt wird, daß es für einen Anscheinsbeweis in aller Regel an einem hierfür vorausgesetzten typischen Geschehensablauf fehle, da die Täuschung gerade auf individuellen Tatsachen beruhe [58], so geht diese Argumentation fehl. Dieser Gesichtspunkt mag etwa für den Nachweis einer Täuschung bei Abschluß des Bauvertrags Geltung beanspruchen, nicht aber für hinsichtlich der Erkennbarkeit typisierbare Fälle der Mangelentstehung und -entwicklung, die einem Wahrscheinlichkeitsurteils durch Sachverständigenbeweis zugänglich sind. Zudem beruft sich jene Ansicht zu Unrecht auf die einschlägige Rechtsprechung des BGH, die für Verallgemeinerungen keine Grundlage bietet [59].

2. In prozessualer Hinsicht können in Konstellationen, in denen es – wie häufig – auf die Kenntnis des örtlichen Bauleiters ankommt, typischerweise folgende Fallgruppen unterschieden werden:

a) Der örtliche Bauleiter läßt sich dahin ein, er habe den Mangel nicht erkannt.

Insoweit erscheint es gerechtfertigt, den Maßstab auf der Beweisebene (§ 286 ZPO) gleichsam in Richtung grobe Fahrlässigkeit zu verschieben. So muß der Arglistvorwurf dann bejaht werden, wenn das Vorhandensein der Fehler ihrer Art nach oder/und ihrem Umfang nach sich einem sachkundigen Bauleiter bzw. Auftragnehmer aufdrängen mußte [60]. Der Schluß von Art und Umfang der vorhandenen Mängel auf die positive Kenntnis der tatsächlichen Gegebenheiten ist um so eher gerechtfertigt, je offenkundiger diese sind. Im einzelnen ist auf die Schwierigkeit der Erkennbarkeit des Mangels in objektiver und in zeitlicher Hinsicht abzustellen. So wird man z.B. einen nur schwer und kurzzeitig erkennbaren Zementierungsfehler anders bewerten müssen, als eine sich über mehrere Wochen hinziehende, unschwer erkennbare fehlerhafte Fassadenverankerung.

Allein aus der Tatsache, daß ein wichtiger Leistungsteil unvollständig ausgeführt ist, folgt aber noch nicht zwingend die Kenntnis des Bauleiters [61]. Anders ist freilich dann zu urteilen, wenn die Bauleistung in der Weise ausgeführt wird, daß die erbrachten Teilleistungen gerade noch keinen kurzfristig erkennbaren Man-

gelschaden verursachen, der Mangel also durch geschickte Anbringung oder Verteilung der Leistungen gleichsam „versteckt“ wird.

Aus der Sicht eines erfahrenen Richters am OLG kann dem Auftraggeber in solchen Fällen demnach nur der Rat gegeben werden, nicht vorschnell aufzugeben [62].

b) Der örtliche Bauleiter läßt sich dahin ein, er habe zwar Stichproben gemacht, den Mangel aber dennoch nicht erkannt.

Eine solche Fallkonstellation hatte das OLG Karlsruhe [63] zu entscheiden. In seiner Korrektur der landgerichtlichen Entscheidung geht das OLG zu weit, wenn es bemängelt, daß die Klägerseite nicht vorgetragen habe, wie „wenig Kontrollen (wie viele)“ der örtliche Bauleiter des beklagten Auftragnehmers durchgeführt habe [64]. Denn ein derart detailliertes Beweisangebot ist dem Auftraggeber wegen des fehlenden Einblicks in die Verhältnisse auf der Baustelle schlechterdings nicht zuzumuten. Daher hat umgekehrt der Auftragnehmer bei entsprechendem Vortrag der Gegenseite die Darlegungslast hinsichtlich der Häufigkeit der durchgeführten Stichproben.

Im übrigen gilt das unter a) Gesagte entsprechend. In diesem Zusammenhang bleibt kritisch anzumerken, daß sich das OLG Karlsruhe – anders als die Vorinstanz und das OLG Frankfurt [65] in einem insofern durchaus vergleichbaren Fall – außerstande sieht, aus der Häufigkeit und Art der vorhandenen Mängel (hier: Fehlen von Abstandshaltern) auf die fehlende Kontrolle bzw. auf die Kenntnis der tatsächlichen

[58] Kaiser, a. a. O., Rdn. 179; Werner/Pastor, a. a. O., Rdn. 2026; jeweils m. w. N.

[59] Näher Musielak, a. a. O., S. 129 f.; Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 18, 31 f.

[60] So bereits OLG Frankfurt, Schäfer/Finnern/Hochstein, a. a. O., Nr. 13 zu § 638 BGB (Verlegen von Rohren im Gegengefälle); so auch Kaiser, a. a. O., Rdn. 179 a. E. unter Hinweis auf die prägnanten Ausführungen Sieburgs, a. a. O., Rdn. 339.

[61] BGH, Schäfer/Finnern, Rechtsprechung der Bauausführung, Z. 8.41, Bl. 17, 18 (teilweises Fehlen von Eisenquerbügeln); Kaiser, a. a. O., Rdn. 179 Fußn. 17; Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 13 VOB/B, Rdn. 264.

[62] Sieburg, a. a. O., Rdn. 339.

[63] BauR 1979, 335; vgl. zur Kritik auch oben V.2.

[64] A. a. O., 337.

[65] Schäfer/Finnern/Hochstein, a. a. O., Nr. 13 zu § 638 BGB (s. Fußn. 60); dieses Urteil ist allerdings beinahe zwei Jahre später als die Karlsruher Entscheidung ergangen.

Gegebenheiten zu schließen. Freilich hängt die Zulässigkeit dieser Folgerung im Einzelfall von der Beurteilung der Typizität des Geschehens durch Sachverständigengutachten ab.

c) Der örtliche Bauleiter läßt sich dahin ein, er sei trotz Anwesenheit auf der Baustelle mit anderweitigen Tätigkeiten so beschäftigt gewesen, daß es nicht möglich gewesen sei, ausreichende Kontrollen durchzuführen.

In dieser Fallgestaltung finden die Grundsätze des Organisationsverschuldens Anwendung. Insoweit kann zum einen auf die Kenntnis derje-

nigen Hilfspersonen, auf die Kontrollaufgaben delegiert wurden, abgestellt werden (s. o. V. 2.). Zum anderen besteht die Möglichkeit, dem Unternehmer die inadäquate betriebliche Organisation der Kontrolltätigkeit direkt zuzurechnen. Im letzteren Fall besteht nach allgemeiner Lebenserfahrung eine Vermutung dahingehend, daß dem Auftragnehmer die Arbeitsüberlastung des örtlichen Bauleiters und die hieraus resultierende mangelhafte Aufsicht über den Bauablauf bekannt ist. Um den Anscheinsbeweis zu erschüttern, müßte er die ernsthafte Möglichkeit der Unkenntnis hiervon substantiiert darlegen und nötigenfalls beweisen.